

# Aplicação da Lei 12.990/2014, que reserva aos negros 20% das vagas nos concursos públicos da União

Namba Akegawa Costa\*

## Resumo

O artigo trata da aplicação da Lei 12.990/2014<sup>1</sup>,

\*Especialista em Direito Público e Filosofia do Direito pela Faculdade Católica de Uberlândia. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Técnico Judiciário, atualmente ocupa a função de oficial de gabinete da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG.

<sup>1</sup> Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§1º A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§2º Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§3º A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§3º Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Art. 4º A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservadas a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

Art. 5º O órgão responsável pela política de promoção da igualdade étnica de que trata o § 1º do art. 49 da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010, será responsável pelo acompanhamento e avaliação anual do disposto nesta Lei, nos moldes previstos no art. 59 da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010.

em todos os concursos da Administração Pública da União, nela incluída os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, bem como o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Públicas da União. Inicialmente, trata da interpretação da lei, mencionando inclusive artigo publicado no sítio eletrônico Dizerodireito. Ressalta a não aplicação da norma quanto ao preenchimento de cargos de membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Públicas da União, ante a necessidade de lei complementar. Define políticas de ações afirmativas e cita exemplos de sua materialização, inclusive com julgados de nossos tribunais superiores acerca da matéria. Cuida de interpretar a Lei 2.990/2014, ponderando a questão da competência constitucional privativa para criação de cargos públicos. Define cargo público. Discorre acerca do instituto do provimento de cargos, contido na Lei 8.112/1990, inferindo que a Lei 12.990/2014 apenas acrescentou um requisito na Lei 8.112/1990 para provimento de cargos públicos. Ao final, conclui pela aplicação da Lei 12.990/2014 no âmbito de toda a Administração Pública da União, seja pela ótica de materialização de ações afirmativas, seja pela visão da modificação da forma de provimento dos cargos públicos.

Palavras-chave: Lei 12.990/2014. Administração Pública da União. Concurso Público. Reserva de vagas aos negros e pardos em concursos públicos. Ações afirmativas. Criação de cargo público. Competências privativas. Autonomia administrativa. Provimento de cargo público. Lei 8.112/1990.

## 1 Introdução

O presente trabalho se propõe a discutir sobre o âmbito de aplicação da recente Lei 12.990/2014, publicada no *Diário Oficial* do dia 10 de junho de 2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, sob a ótica da efetiva materialização de ações afirmativas para dar cumprimento ao princípio constitucional fundamental da igualdade, com inclusão social dos negros e pardos nos cargos da Administração Pública da União. Visa

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos.

Parágrafo único. Esta Lei não se aplicará aos concursos cujos editais já tiverem sido publicados antes de sua entrada em vigor.

também demonstrar que essa nova lei de cotas trata apenas sobre a forma de provimento dos cargos públicos, não caracterizando invasão na competência quanto à criação dos referidos cargos. Trata-se de tema bastante polêmico, que, apesar de remontar ao início da sociedade brasileira, não deixa de ser muito atual, uma vez que hodiernamente é bastante debatida a questão da necessidade de inclusão das pessoas negras ainda discriminadas neste País.

## 2 Interpretação da lei

Nossa Constituição, garantista desde sua promulgação, estabelece os fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre eles a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Tem por objetivo a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, com a finalidade de erradicar a pobreza e a marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por conseguinte, no dia 10 de junho de 2014, foi publicada a Lei 12.990/2014, que trata da reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

De fato, percebe-se que a referida norma veio a lume a fim de dar efetividade ao Estatuto da Igualdade Racial, contido na Lei 12.288/2010, materializando-se a igualdade de oportunidades na reserva de vagas aos negros em concursos públicos para preenchimento de cargos na Administração Pública. Vem cumprir, também, o princípio constitucional da inclusão social das pessoas negras, tão discriminadas na sociedade brasileira.

A partir da publicação, a lei nova suscita divergências quanto a sua efetiva aplicação e alcance, cabendo ao operador do Direito interpretá-la. Para Maria Helena Diniz<sup>2</sup> interpretar significa:

Interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. Devido aos motivos já mencionados – vaguidade, ambigüidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má redação – o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso sub judice, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isto é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças

que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão.

As funções da interpretação são, conforme os ensinamentos de Machado Neto: a) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; b) estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; e c) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo correspondente às necessidades reais e atuais de caráter social.

A interpretação, acrescenta Miguel Reale, é um momento de intersubjetividade: o ato interpretativo do juiz, procurando captar e trazer a ele o ato de outrem, no sentido de se apoderar de um significado objetivamente válido. O ato interpretativo implicaria uma duplicidade, onde sujeito e objeto estão colocados um diante do outro.

Sob essa perspectiva, colaciono manifestação contida no *site* Dizerodireito, em que o Dr. Márcio Alexandre Lopes Cavalcante<sup>3</sup>, discorrendo acerca da recente lei de cotas, ponderou que:

A Lei n.º 12.990/2014 tem aplicação restrita ao Poder Executivo federal.

Para que vinculasse os concursos para membros e servidores do MPU e do Poder Judiciário seria necessária a edição de uma lei de iniciativa do MP (art. 127, § 2º, da CF/88) ou do Judiciário (art. 96, II, “b”).

De igual forma, para que a cota abrangesse os concursos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, seria indispensável a edição de resolução das respectivas casas (art. 51, IV e art. 52, XIII) normatizando o tema.

Vale ressaltar, no entanto, que o Presidente do Senado já anunciou que está sendo elaborada uma Resolução da Casa prevendo a reserva de 20% das vagas para negros nos próximos concursos públicos e na contratação dos futuros funcionários terceirizados do Senado. Desse modo, haverá também a cota no Senado, mas não por força da Lei n.º 12.990/2014 e sim por meio de resolução.

A cota é válida para concursos da DPU?

Trata-se de tema polêmico, mas penso que NÃO. Recentemente, a EC 80/2014 conferiu à Defensoria Pública a iniciativa de lei para a sua organização interna (art. 134, §4º c/c art. 96, II, da CF/88). Logo, para que haja cota em concursos públicos de membros ou servidores da Instituição, é indispensável a edição de uma lei de iniciativa do Defensor Público Geral.

Além disso, conforme já decidiu o STF em reiteradas oportunidades, a Defensoria Pública goza de autonomia administrativa (art. 134, §2º, da

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 144-145.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/06/comentarios-lei-129902014-que-reserva.html>>. Acesso em: 03/07/2014.

CF/88), razão pela qual não pode ser considerada como sendo um órgão vinculado à estrutura do Poder Executivo (ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 2/4/2007). Assim, “qualquer medida normativa que suprima essa autonomia da Defensoria Pública, vinculando-a a outros Poderes, em especial ao Executivo, implicará violação à Constituição Federal.” (STF. Plenário. ADI 4.056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 7/3/2012).

Considerando, no entanto, que a Defensoria Pública sempre apoiou o sistema de cotas, é possível que adote o entendimento institucional de que a Lei se aplica aos seus concursos. Reputo, contudo, que esse não é o melhor caminho. O ideal seria o Defensor Público-Geral Federal encaminhar um projeto de lei prevendo as cotas nos concursos da DPU. Com isso, reafirmaria a posição institucional a respeito dessa ação afirmativa e ao mesmo tempo não permitiria mitigações à autonomia do órgão.

A matéria deve ser analisada com temperamentos, especialmente por envolver normas constitucionais aparentemente conflitantes, notadamente as contidas no art. 3º e aquelas relativas à iniciativa de lei de competência do Poder Legislativo, Judiciário e as instituições do Ministério Público, Advocacia e Defensoria Públicas da União.

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da ADI 815, relatado pelo Ministro Moreira Alves, afastou a tese de hierarquia entre normas constitucionais originárias<sup>4</sup>.

À luz de tal interpretação, poder-se-ia dizer que a Lei 12.990/2014 não deve ser aplicada ao preenchimento de cargos dos membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Públicas da União, visto que os requisitos para preenchimento de tais cargos necessitariam estar dispostos nas leis complementares de suas respectivas carreiras, conforme previsão contida no art. 93<sup>5</sup>, art. 128, § 5º<sup>6</sup>, e art. 134, § 1º<sup>7</sup>, todos da CF/1988.

<sup>4</sup> ADI 815, relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ, de 10/05/1996, p. 15.131.

<sup>5</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>6</sup> § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

<sup>7</sup> § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos,

Porém, apesar de o Texto Constitucional exigir lei complementar para dispor acerca do provimento dos cargos mencionados acima, ainda assim, em concurso realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Edital 1/2009, foram reservados cargos de juízes substitutos para afrodescendentes, em observância ao disposto na Lei Estadual 14.274, de 24 de dezembro de 2003<sup>8</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a constitucionalidade da referida lei do Estado do Paraná, considerou-a consentânea com a ordem constitucional vigente, sob o fundamento de que a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988<sup>9</sup>.

Afinal, sobre o que tratam efetivamente as denominadas políticas de ações afirmativas? É o que veremos no tópico seguinte.

### 3 Ações afirmativas

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa<sup>10</sup>, definiu as ações afirmativas como sendo:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção

assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>8</sup> Disponível em: <[https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa\\_atmos/publico/ajax\\_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f28213b7e71ac1698e39fd9eb40509408560ab941bad62ff9b8704e452bb7154f](https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_atmos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f28213b7e71ac1698e39fd9eb40509408560ab941bad62ff9b8704e452bb7154f)>. Acesso em: 15/07/2014.

<sup>9</sup> RMS 26089/PR, rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 12/05/2008.

<sup>10</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa, *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como instrumento de transformação social: A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidade a que todos os seres humanos têm direito.

Nesse caminho, os fatos abaixo vêm traduzir em que consiste efetivamente a materialização das políticas de ações afirmativas para inclusão das pessoas afrodescendentes, com reserva de vagas tanto em cargos públicos quanto para participação de licitações públicas.

O colendo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, analisando caso em que no edital do concurso foi reservada a participação para negros na licitação a ser efetuada pelo Ministério da Cultura, apesar de a Lei de Licitações, Lei 8.666/1993, não prever nem expressa nem implicitamente a participação exclusiva de pessoas negras ou pardas, considerou válido esse requisito, em observância ao princípio da isonomia e levando-se em conta as ações afirmativas da inclusão social<sup>11</sup>.

No site do Supremo Tribunal Federal há a notícia de que, no ano de 2001, foi aberta licitação com 20% das vagas reservadas para negros, conforme se lê abaixo:

O Supremo Tribunal Federal (STF) abriu sua primeira licitação com 20% das vagas reservadas para negros. A Concorrência 3/2001 vai contratar 17 profissionais para prestação de serviços de jornalismo. O edital foi publicado dia 31 de dezembro e está disponível na área de Licitações do site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). As propostas dos concorrentes serão recebidas dia 4 de fevereiro. O presidente do STF, ministro Marco Aurélio, defende a adoção de cotas para negros no serviço público como instrumento de combate à desigualdade. “A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso”, constata Marco Aurélio. O ministro é favorável à introdução de cotas em licitações de mão de obra, funções comissionadas (cargos de livre escolha do administrador) e editais de concursos<sup>12</sup>.

Da mesma maneira, o Ministério das Relações Exteriores, por meio da Portaria 762, de 28 de dezembro de 2010, determinou que, nos editais para concurso de admissão na carreira de diplomata de 2011, fossem reservadas vagas para candidatos afrodescendentes<sup>13</sup>.

O Plenário do Excelso Pretório, quando do julgamento da ADPF 186, após ampla discussão pública, em 25 e 26/04/2012, por meio do voto do relator Ministro Ricardo Lewandowski, considerou válidos os atos da Universidade de Brasília – UnB, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – Cepe e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – Cespe, que instituíram sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial. Destaco que tal julgamento ocorreu antes da publicação da Lei 12.711/2012, que tratou da reserva em concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação em instituições federais de educação superior<sup>14</sup>.

Nessa linha de raciocínio, entendo que o só fato de a Lei 12.990/2014 ter disposto acerca da inclusão social do negro e do pardo em cargos de qualquer dos Poderes da União, Executivo, Legislativo e Judiciário, ou das instituições como o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União ou da Defensoria Pública da União, de modo algum enseja ingerência na autonomia desses entes públicos. Muito pelo contrário, a finalidade da lei é justamente fazer cumprir, no âmbito interno de toda a Administração Pública da União, um dos fundamentos da República Federal do Brasil, consistente na criação de uma sociedade livre, justa e solidária, principalmente com a erradicação da pobreza e a marginalização, com redução efetiva das desigualdades sociais e regionais (incisos I e II do art. 3º da Constituição Federal).

Dessa forma, a tão propalada política de ação afirmativa tem-se mostrado cada vez mais frequente e utilizada por diversos entes políticos e órgãos públicos que compõem a República Federativa do Brasil, a fim de materializar o princípio da igualdade de acesso aos cargos públicos, com observância da inclusão social sem preconceito de raça.

<sup>11</sup> TRF1, AG 0029353-66.2013.4.01.0000/MA, rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, 5ªT, e-DJF1, p. 597, de 28/01/2014.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58259&caixaBusca=N>>. Acesso em: 06/07/2014.

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/24018590/pg-194-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-30-12-2010>>. Acesso em: 06/07/2014.

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo663.htm>>. Acesso em: 15/07/2014.



## 4 A Lei 12.990/2014 trata de forma de provimento de cargo público

O art. 2º da CF/1988 dispõe que *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*.

Como se vê, a independência e a autonomia administrativa devem ser resguardadas para que cada um dos Poderes da República possa desenvolver suas mais altas atribuições, outorgadas pela própria Constituição Federal, com desenvoltura e destemor. Portanto, deve ser evitada a ingerência externa de outro Poder e, para isso, na Constituição Federal, foram fixadas para o Poder Legislativo e para o Poder Judiciário suas competências privativas, inclusive da iniciativa de lei para criação e extinção de seus respectivos cargos, dispostos respectivamente nos art. 51, inciso IV<sup>15</sup>, 52, inciso XIII<sup>16</sup>, e 96, inciso II, alínea b<sup>17</sup>, todos da Constituição Federal.

De igual modo, determinadas instituições como o Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública da União possuem independência administrativa, orçamentária e financeira, por serem detentoras de alta relevância jurídico-constitucional, essencial às atribuições jurisdicionais do Estado, razão pela qual lhes são outorgadas pela própria Constituição Federal prerrogativas de iniciativa de lei para criação e extinção

de seus cargos e serviços auxiliares, segundo previsão contida nos art. 127, §2º<sup>18</sup>, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão da autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Ministério Público, afastou a ingerência do Poder Executivo a fim de resguardar justamente os elevados objetivos constitucionais, dentre eles a ordem jurídica, o regime democrático e de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>19</sup>.

Dessa forma, deduz-se que, no tocante à matéria aqui analisada, a Constituição Federal estabelece a autonomia dos Poderes da República tão somente quanto à criação dos cargos públicos a eles vinculados.

O saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>20</sup>, a respeito da definição de cargo público, já dizia:

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de pro labore. Diferencia-se basicamente, do cargo em comissão pelo fato de não titularizar cargo público.

De igual modo, José dos Santos Carvalho Filho<sup>21</sup>, ao tratar de cargo público assim o define:

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

<sup>15</sup> Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

[...]

IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

<sup>16</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

<sup>17</sup> Art. 96 – Compete privativamente:

[...]

II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

[...]

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juizes que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

<sup>18</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

§ 2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

<sup>19</sup> ADI 2513 MC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe-048, de 15/03/2011.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 397.

<sup>21</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 528-529.

A função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em função de apoio, função de direção, função técnica. O sistema funcional, contudo, admite uma situação anômala denominada de *função gratificada*, pela qual o servidor, sem um vínculo permanente, percebe remuneração pelo desempenho de atividade.

De seu turno, o art. 3º da Lei 8.112/1990, que trata do Estatuto dos Servidores da União, define cargo público como:

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Nessa linha de entendimento, verifica-se que a Lei 12.990/2014, em qualquer de seus dispositivos, não trata da *criação* de cargo, mas cuida da forma de *provimento* de cargos públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>22</sup> preconiza que provimento é ato de designação de alguém para titularizar cargo público, discorrendo que:

O provimento dos cargos – com a ressalva adiante feita (n. 89), ao se tratar da nomeação – é sempre da alçada do Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) em que estejam integrados.

[...]

Não basta a nomeação para que se aperfeiçoe a relação entre o Estado e o nomeado. Cumpre que este tome posse, que é o ato de aceitação do cargo e um compromisso de bem-servir e deve ser precedida por inspeção médica. Com a posse ocorre a chamada “investidura” do servidor, que é o travamento da relação funcional. Márcio Cammarosano, em monografia preciosa, anota: “[...] o provimento diz respeito ao cargo, enquanto a investidura é concernente à pessoa. O cargo é provido, alguém é investido. A distinção decorre, portanto, do ângulo de observação: se tenho em vista o cargo, refiro-me ao provimento; se a pessoa que o titulariza, refiro-me à investidura.

Assim sendo, o provimento dos cargos públicos e a sua acessibilidade (incisos I e II do art. 37<sup>23</sup> da Constituição Federal) foram devidamente

regulamentados pela edição da Lei 8.112/1990, em cumprimento à redação primígena do art. 39<sup>24</sup> da Constituição Federal, que tratou da instituição do Regime Jurídico Único dos Servidores da Administração Pública dos Poderes da União.

É indene de dúvida a aplicação dos requisitos da Lei 8.112/1990 para *provimento* de cargos públicos no âmbito da União, podendo ser utilizados, a título de exemplos, os editais disponíveis em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/concursos/editais.htm>>. Acesso em: 15/07/2014; <<http://www2.camara.leg.br/transparencia/concursos/2014/editais/grupo-1/editais-1>>. Acesso em: 14/07/2014 e <[http://www.pgr.mpf.mp.br/para-o-cidadao/concursos-1/servidor/8-concurso/editais-1/ed\\_1\\_2013\\_mpu\\_13\\_2\\_abertura.pdf/view](http://www.pgr.mpf.mp.br/para-o-cidadao/concursos-1/servidor/8-concurso/editais-1/ed_1_2013_mpu_13_2_abertura.pdf/view)>. Acesso em: 14/07/2014.

Dessa forma, a presente Lei 12.990/2014 incluiu mais um requisito na forma de provimento dos cargos públicos, nos termos da Lei 8.112/1990, art. 5º *usque* art. 8º<sup>25</sup>, razão pela qual a sua aplicação deve ser observada pelos demais Poderes da União, e todos os entes da Administração Pública, não afetando

---

brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

<sup>24</sup> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas

<sup>25</sup> Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: I - a nacionalidade brasileira; II - o gozo dos direitos políticos; III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais; IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; V - a idade mínima de dezoito anos; VI - aptidão física e mental.

§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

§ 2º As pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

§ 3º As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.515, de 20.11.97)

Art. 6º O provimento dos cargos públicos far-se-á mediante ato da autoridade competente de cada Poder.

Art. 7º A investidura em cargo público ocorrerá com a posse.

Art. 8º São formas de provimento de cargo público: I - nomeação; II - promoção; III - (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) IV - (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) V - readaptação; VI - reversão; VII - aproveitamento; VIII - reintegração; IX - recondução.

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 282-284.

<sup>23</sup> I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos

a autonomia administrativa, nem caracterizando eventual ingerência do Poder Executivo.

De outra face, ainda que no art. 1º da Lei 12.990/2014 tenha constado a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da *Administração Pública Federal*, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta lei, a real interpretação deve ser no sentido de dar a maior abrangência, principalmente por considerar que, após a sua publicação, a lei é ampla, geral e irrestrita, não se vinculando ao legislador originário, razão pela qual deve ser aplicada indistintamente a toda a Administração Pública direta da União (art. 6º da Lei 4.657/1942 – LINDB), inclusive a fim de se cumprir princípio maior de inclusão social da pessoa negra e parda aos cargos, empregos e funções públicas.

Impende ponderar que o mero fato de existir a reserva de vagas não exime os negros ou pardos de alcançarem a aprovação nas fases que compõem os concursos públicos, ou seja, somente os candidatos habilitados nos certames e, por consequência, considerados aptos é que poderão se beneficiar da reserva de vagas<sup>26</sup>.

Assim sendo, quando se trata de provimento de cargos no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário, os requisitos a serem cumpridos encontram-se dispostos na Lei 8.112/1990 e por entender que a Lei 12.990/2014, praticamente, acrescentou mais um requisito para preenchimento do cargo público, não sendo equânime a sua incidência apenas relativa a um dos Poderes da União — Poder Executivo, — devendo, portanto, ser aplicada a toda a Administração Pública da União.

Cabe salientar que, se a finalidade da referida norma fosse a efetiva reserva aos negros de vagas em concurso público tão somente no âmbito do Poder Executivo, seria suficiente a edição de um decreto, satisfazendo o disposto no art. 39<sup>27</sup> da Lei 12.288/2010. Portanto, caso seguisse essa linha de raciocínio, a

elaboração do projeto de Lei 6.738/2013, que ensejou a edição da Lei 12.990/2014, se constituiria em dessarrazoado esforço e verdadeiro desperdício de verbas orçamentárias, pois foram envolvidos tanto o pessoal dos quadros do Poder Executivo quanto das duas casas que compõem o Congresso Nacional.

## 5 Conclusão

Portanto, conclui-se que os novos concursos a serem realizados pela Administração Pública da União para preenchimento de seus quadros de servidores deverão observar todos os requisitos contidos na Lei 12.770/2012, reservando-se aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, não sendo necessário implementar qualquer regramento específico para materializar o princípio constitucional da inclusão social, seja pela ótica da materialização das políticas de ações afirmativas, seja pela visão no sentido de que a referida lei trata de forma de provimento de cargo, com acréscimo de requisito na Lei 8.112/1990.

Por derradeiro, acrescento que o verdadeiro alcance da norma em epígrafe será discutido pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Mandado de Segurança 33072, impetrado para que seja determinada a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas para negros e pardos nos próximos concursos a serem realizados pelos Poderes Legislativo e Judiciário da União<sup>28</sup>.

## Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade – O Direito como Instrumento de Transformação Social: A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>26</sup> Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21382](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21382)>. Acesso em: 15/07/2014.

<sup>27</sup> Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=270897>>. Acesso em: 15/07/2014.